



JUZGADO SEGUNDO PROMISCOUO DE FAMILIA

San Gil, catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación : 68-679-31-84-002-2023-00128-00
Demandante : ANGEL OCTAVIO PICO FLOREZ
Demandado : FISCALIA GENERAL DE LA NACION –COMISION ESPECIAL DE CARRERA
Vinculado : U.T. CONVOCOTARIA FGN 2022 –UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
Proceso : Acción de Tutela
Providencia : Sentencia

ASUNTO

Decide el Despacho la acción de tutela instaurada por el señor ANGEL OCTAVIO PICO FLOREZ contra FISCALIA GENERAL DE LA NACION – COMISION ESPECIAL DE CARRERA-.

HECHOS

Expone el accionante que de acuerdo a la ley 1654 del 15 de julio de 2013, se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, el cual fue posteriormente desarrollado mediante el Decreto Ley 020 de 2014, en el que se estableció que la forma para proveer los cargos de la entidad tanto en las modalidades de ingreso o ascenso era mediante el concurso público de méritos tal como lo estipulan los artículos 23 y 24 de la disposición en comento.

Indica que el artículo 118, de la citada disposición establece que la Fiscalía, dentro de los tres (3) años siguientes a la entrada en vigor del referido Decreto Ley, debería convocar a concurso los cargos de carrera que se encontraran vacantes definitivamente o que estuvieran provistos mediante nombramiento provisional o encargo.

Sostiene que no obstante lo anterior, y ante este incumplimiento de la entidad, la ciudadana LUZ PATRICIA AGUDELO PATIÑO, presidenta de la Asociación de Trabajadores Estatales de la Fiscalía General de la Nación (ATRAES - FGN), haciendo uso de la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 393 de 1997, solicitó ante a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: *"Que se ordenara a la Fiscalía General de la Nación a través de la Comisión de Carrera Especial, cumplir con la orden consagrada en el artículo 118 del Decreto Ley 020 del 9 de enero del 2014, a brevedad en el sentido de convocar a concurso de ascenso real y efectivo, los cargos de carrera en el porcentaje que se encuentren vacantes definitivamente o que estén*



provistos mediante nombramiento provisional o encargo. Lo anterior debe efectuarse sin dilación alguna, realizando durante el primer semestre del año 2020 las primeras convocatorias y de manera automática las convocatorias posteriores, toda vez que (como se explicó) ha transcurrido con amplitud el termino establecido en la norma para su cumplimiento”

Alude que, el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, en conocimiento de la precitada acción de cumplimiento, mediante sentencia proferida el 4 de marzo de 2020 (Radicado 2020-00185-00. Magistrado Ponente Dr. Oscar Dimate Cárdenas), acogió las pretensiones de la accionante declarando el INCUMPLIMIENTO por parte de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, de lo establecido en el artículo 118 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014, ordenando al representante legal de la dependencia mencionada, que en el término de seis (06) meses contados a partir de la notificación de la providencia adelantara las tareas administrativas pertinentes y necesarias con el fin de obtener las partidas presupuestales que permitieran atender los concursos públicos de méritos en la entidad, y una vez vencido el termino procediera a realizar las respectivas convocatorias para proveer los cargos de carreras que se encontraran vacantes definitivamente o que estuvieran provistos mediante nombramientos provisionales o encargos en la misma. *Cursiva y subrayado fuera del texto original.*

Expone que frente a la anterior decisión, la Entidad accionada solicito revocar el fallo acudiendo a los argumentos expuestos en la contestación de la demanda afirmando que: *“no era posible convocar a concurso todos los cargos de carrera vacantes de manera definitiva, que en ese momento superaban las 17.000 vacantes, procedimiento que debía hacerse de manera gradual y en diferentes tiempos, tal y como lo señala la norma de la cual se reclama a través de la presente acción (...) convocar a concurso los cargos de la entidad, implicaría, de una parte, la perdida de la continuidad del servicio y de otra parte, la planeación que comprende las reestructuraciones y, en consecuencia, llevaría traumatismo en la prestación del servicio de justicia en la Entidad”.*

Acota que resuelta la impugnación presentada, el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, con ponencia de la Consejera Lucy Bermúdez Bermúdez, con fecha 22 de octubre de 2020, confirmó la Sentencia del 4 de marzo de la misma anualidad, pero aclarando que el plazo concedido para acatar lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 020 del 2014, no lo era para la consecución de recursos económicos, (pues lo anterior se encuentra regulado en el artículo 46 del mismo Decreto), sino para adelantar las actividades necesarias a fin de convocar a concurso los cargos de carrera, vacantes de manera definitiva o provistos de manera provisional o encargo.



Que con posterioridad a la orden emitida por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y confirmada por el Honorable Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación, a través de su Comisión de Carrera Especial, expide el acuerdo No. 001 del 16 de julio de 2021 *"Por el cual se convoca y se establecen las reglas del concurso de méritos para proveer 500 vacantes definitivas provistas en provisionalidad, en las modalidades de ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera"*.

Que el día 31 de julio de 2022, se llevaría a cabo el examen de competencias funcionales y comportamentales previstas de acuerdo con el cronograma del concurso y finalmente el 19 de agosto de la misma anualidad, se publicaron los resultados de las pruebas realizadas, resultado que le permitió aprobar para el cargo, de ASISTENTE DE FISCAL I, identificado con el código OPECE No. I-203-10(11) ocupando la posición 259 tal como lo demuestra la lista de elegibles.

Informa que encontrándose en desarrollo la citada convocatoria, la señora LUZ PATRICIA AGUDELO PATIÑO, Presidenta de la Asociación de Trabajadores Estatales de la Fiscalía General de la Nación (ATRAES - FGN), presentó un INCIDENTE DE DESACATO por incumplimiento a la Sentencia proferida al interior de la acción de cumplimiento ya precitada, trámite que se decidió mediante providencia del 25 de agosto de 2022, en la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, dispuso declarar en desacato a los miembros de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación respecto del fallo de 4 de marzo del año 2020 y confirmado por la Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia del 22 de octubre de 2020, proferido dentro de la acción de cumplimiento de la referencia.

Que la sanción impuesta al interior del desacato respectivo surtió su grado de consulta ante el Honorable Consejo de Estado, quien confirma la sanción impuesta al Tribunal, encontrándose por tanto la Comisión Especial de Carrera del ente acusador en desacato actualmente.

Que a la fecha de radicación de la presente acción constitucional de tutela, ya fueron expedidas las listas de elegibles de los cargos que se relacionan y estas ya han adquirido plena firmeza.

Que a pesar de haber adquirido firmeza las listas de elegibles para cada uno de los cargos descritos, a la fecha de radicación de la presente acción constitucional de tutela no se han realizado los debidos nombramientos en las más de 17.000 vacantes, las cuales deben proveerse con los elegibles de acuerdo con el pilar de la meritocracia, esto toda vez que el decreto ley 20 de 2014 restringe el uso de listas, al número de empleos ofertados (500).



Que se encuentra en trámite ACCIÓN POPULAR -Tribunal Administrativo de Cundinamarca de radicación 2022 – 0138400- para la protección de la moralidad administrativa y patrimonio público radicada desde noviembre de 2022, sin embargo, a la fecha no tiene siquiera auto admisorio, lo que deslegitima los argumentos del juez natural, para este tipo de asuntos donde existe una mora judicial sin precedentes en donde se han declarado varios impedimentos.

Igualmente cursa ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Corte Constitucional, Magistrado Dr. Alejandro Linares Cantillo. Radicación Expediente D –15062. contra el artículo 35 (parcial) del Decreto Ley 20 de 2014 “Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y sus entidades adscritas” y que se presentó proyecto de fallo el 6 de julio de 2023 para estudio de los demás magistrados.

Igualmente ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Corte Constitucional, Magistrado Dr. Jorge Enrique Ibáñez Radicación Expediente D – 15424 contra el artículo 24 del Decreto Ley 20 de 2014 “Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y sus entidades adscritas”

Asimismo ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Corte Constitucional, Expediente D – 15459 contra el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014 “Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y sus entidades adscritas”

Medio de CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN CONTRA DEL ACUERDO 001 DE 2023. Dicha acción se ha visto prolongada en el tiempo ya que se radicó la solicitud de conciliación prejudicial por su apoderado el 21 de junio de 2023 a las 14:50 horas tal como consta en los documentos anexos y pese a que la ley establece un término de 10 días para materializar la conciliación solo hasta el 28 de agosto de 2023 se llevó a cabo la misma, es decir, 68 días después de haber sido radicada, actuación procesal que declaró fallida la Conciliación en virtud de que la Fiscalía General de la Nación no tenía vocación de conciliar y que el medio de control que se anuncia tiene como objeto declarar la nulidad del Acuerdo 001 de 2023 que se solicita que se suspenda como medida provisional.

Que los eventos descritos en torno al desacato al fallo de acción de cumplimiento Rad. 2020-00185-00, y la renuencia prolongada con respecto de la implementación de la carrera especial en la Fiscalía general de la nación, generan un antecedente negativo al interior del aparato judicial, y por supuesto el cuestionamiento a la justicia penal Colombiana. Esto toda vez que no es admisible que ninguna autoridad desconozca las decisiones judiciales, mucho menos un ente perteneciente a la rama judicial. Las



acciones y omisiones del ente accionado generan el acaecimiento del ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL, provocadas por; i) la inaplicación del sistema meritocrático, ii) la malversación de los recursos públicos y iii) la negativa a garantizar el derecho de acceso a la función pública a los elegibles, actualmente titulares de ese derecho, negando a los ciudadanos el ACCESO A UNA JUSTICIA REAL Y EFECTIVA. convirtiendo las decisiones de las autoridades judiciales, simples formalismos sin ningún tipo de impacto o efectividad real.

Por tanto, deprecia La accionante la protección de los derechos fundamentales invocados, a la igualdad de acceso a la justicia en forma real y efectiva, confianza legítima respecto del cumplimiento de las decisiones judiciales, derecho de acceso a las funciones públicas, como mecanismo transitorio para evitar un mayor perjuicio y afectación además de aquellos que en su consideración también hayan sido vulnerados, por la Fiscalía General de la Nación – Comisión Especial de carrera de la fiscalía y en consecuencia, se ordene a las accionadas fiscalía general de la nación – comisión especial de carrera de la fiscalía, que procedan a la suspensión inmediata del concurso de méritos, correspondiente al acuerdo no 001 de 2023 para ofertar 1.056 vacantes definitivas de la planta de personal de la fiscalía, hasta tanto se decidan las acciones constitucionales en trámite, asimismo, pide declare el ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL, por desacato a los fallos judiciales y la renuencia de implementar el pilar de la meritocracia en la Fiscalía General de la Nación

TRÁMITE PROCESAL

La acción constitucional fue admitida por auto del 1 de septiembre de 2023, ordenando posteriormente el 06 de los corrientes la vinculación de la U.T. CONVOCATORIA FGN 2022 y la Universidad Libre de Colombia.

Asimismo, se dispuso decretar como pruebas:

1º. OFICIAR al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA Subsección C Sección Primera para que dentro del término perentorio de UN (1) DÍA, contado a partir del momento de la notificación del presente proveído, informe si en esa Corporación se encuentra en trámite la acción popular Rad. 2022-0138400. En caso afirmativo, manifestar el estado actual de la misma, remitiendo de ser posible, copia de las providencias o actuaciones correspondientes.

2º. REQUERIR al accionante para que dentro del término de perentorio de UN (1) DIA, informe al Juzgado si ya radicó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que sostiene en el hecho 15 adelanta a través de apoderado judicial, teniendo en cuenta que se anuncia y aporta constancia de conciliación extrajudicial en la Procuraduría 187 Judicial I para



Asuntos Administrativos de Bogotá, de fecha 28 de agosto de 2023, la cual se declaró fallida.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca informa que el estado actual de la acción popular se encuentra al despacho del Magistrado de Turno, para resolver impedimento, remitiendo el link del expediente.

De otra parte el accionante frente al requerimiento informa que el 01 de los corrientes radicó demanda junto con anexos ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por reparto le correspondió al Juzgado 19 administrativo de Bogotá presentando medidas cautelares.

- LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – COMISION DE CARRERA ESPECIAL, a pesar de haber sido notificada a través de los correos electrónicos de la institución, y confirmado el recibido por la Subdirectora de Talento Humano, tal como se observa en el ítem 15 del expediente digital con la constancia del Centro de Servicios Judiciales, dicha entidad se abstuvo de emitir pronunciamiento alguno.

- UNION TEMPORAL CONVOCATORIA FGN 2022 a través de su apoderado especial señalando que la Fiscalía General de la Nación suscribió el Contrato No. FGN-NC-0269-2022 y la U.T Convocatoria FGN 2022,- cuyo objeto *"Desarrollar el concurso de méritos, en las modalidades de ascenso e ingreso, desde la etapa de inscripciones hasta la conformación y publicación de las listas de elegibles en firme, para proveer 1.056 vacantes definitivas de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación (FGN), pertenecientes al Sistema Especial de Carrera"*.

Que el Contrato No. FGN-NC-0269-2022, establece como obligación *específica del contratista en la cláusula Quinta literal B numeral 39: "Atender, resolver y responder de fondo, dentro de los términos legales, las reclamaciones, derechos de petición, acciones judiciales y llevar a cabo las actuaciones administrativas a que haya lugar en ejercicio de la delegación conferida con la suscripción del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto Ley 020 de 2014, durante toda la vigencia de este y con ocasión de las diferentes etapas del concurso de méritos"*

Respecto del Régimen de carrera que procede para la provisión de cargos de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación expresa que el artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí previstas, y que el ingreso y ascenso en estos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.



Añade, que el artículo 253 de la Carta Política dispone (...) “La ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia”.

Que el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1654 de 2013, expidió los Decretos 016, 017, 018 y 020 de 2014, que en su orden, el primero modificó la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación, el segundo definió los niveles jerárquicos, modificó la nomenclatura y estableció los requisitos y equivalencias para los empleos, el tercero modificó la planta de cargos de la Fiscalía General de la Nación, y, el cuarto clasificó los empleos y expidió el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación.

En relación a los hechos advierte inicialmente que la Universidad Libre no actúa de manera independiente en el Concurso de Méritos FGN 2022, sino que forma parte de la UT Convocatoria FGN 2022, contratista plural que tiene suscrito con la Fiscalía General de la Nación, el Contrato de Prestación de Servicios No. FGN-NC-0269-2022, a través del proceso de selección abreviado de menor cuantía FGN -NC-MEC-0006-2022., contrato que tiene por objeto *“Desarrollar el concurso de méritos, en las modalidades de ascenso e ingreso, desde la etapa de inscripciones hasta la conformación y publicación de las listas de elegibles en firme, para proveer 1.056 vacantes definitivas de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación (FGN), pertenecientes al Sistema Especial de Carrera”*.

Frente al hecho 1, 2 y 3 señala que no son hechos, se trata de normas que regulan la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, y de hechos ajenos a la U.T Convocatoria FGN 2022, que escapan al cumplimiento de la UT Convocatoria FGN 2022, contratista plural que tiene suscrito con la Fiscalía General de la Nación, con relación al Contrato de Prestación de Servicios No. FGNNC-0269-2022, a través del proceso de selección abreviado de menor cuantía FGN - NC-MEC-0006-2022.

Frente al hecho cuarto, que no les consta, y del dicho del accionante se deduce que participaron en el proceso de selección FGN-NC-CM-0001-2021 aclarando al Despacho que la Fiscalía General de la Nación suscribió el Contrato de Consultoría No. FGN-NC-0037-2021 y la UT Convocatoria FGN 2021, que tiene por objeto *“Diseñar y desarrollar las etapas del Concurso para la provisión de empleos por mérito, en la modalidad de ascenso e ingreso, para la provisión de unos empleos vacantes de la planta global de la Fiscalía General de la Nación, pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Administrativa”*, y que se trata de una U.T diferente a la U.T Convocatoria FGN 2022.



Frente al hecho quinto, que es cierto parcialmente, en lo que hace alusión a la existencia del ACUERDO No. 001 de 2021 de 16 de julio de 2021 "Por el cual se convoca y establecen las reglas del concurso de méritos para proveer 500 vacantes definitivas provistas en provisionalidad, en las modalidades ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera" en lo demás no les consta.

Frente al hecho sexto, que es cierto, el 31 de julio de 2023, se aplicaron las pruebas escritas de la Convocatoria FGN 2021, obteniendo la posición que menciona el accionante, en ese empleo.

Frente a los hechos séptimo y octavo, no les consta, se trata de hechos de terceros y de los cuales no existe registro alguno en la U.T Convocatoria FGN 2022.

Frente a los hechos noveno y décimo, que es cierto, el 3 de marzo del presente año se publicó el Boletín Informativo No 1 comunicando la Divulgación del proceso de selección U.T Convocatoria FGN 2022.

Que también es cierto, parcialmente en lo que hace referencia a la lista de elegibles producto de la ejecución del proceso de selección FGN -NC-CM-0001-2021, resultado del cual se suscribió el Contrato de Consultoría No. FGN-NC-0037-2021 entre la Fiscalía General de la Nación y la UT Convocatoria FGN 2021, que tiene por objeto "Diseñar y desarrollar las etapas del Concurso para la provisión de empleos por mérito, en la modalidad de ascenso e ingreso, para la provisión de unos empleos vacantes de la planta global de la Fiscalía General de la Nación, pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Administrativa". Razón por la cual el concurso 2021 se encuentra en etapa de Estudio de Seguridad, el cual corresponde exclusivamente dentro del ámbito de competencia de la Fiscalía General ejecutarla, sin embargo, el artículo 7 la resolución 0016 del 3 de marzo de 2023 estipula:

"...Artículo 7. Vigencia de la Lista de Elegibles: todas las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años y sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacantes convocadas en cada proceso de selección o en las vacantes definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración de alguna de las causales de retiro del servicio para su titular, en los términos del artículo 35 del Decreto Ley 020 de 2014..." (Subrayas fuera de texto).

Que es por lo anterior, que no se hace uso de las listas de elegibles del proceso de selección 2021 en esta nueva convocatoria, vale decir, para las 1.056 vacantes U.T convocatoria 2022), que son totalmente diferentes a las se ofertaron en el concurso pasado.



Que respecto del artículo 35 del decreto 020 de 2014, es importante precisar que este se encuentra vigente, es decir, versa de legalidad.

Afirma que la U.T convocatoria 2022, ya publicó los resultados definitivos de la Verificación de Requisitos Mínimos, y aplicará las pruebas escritas el próximo 10 de septiembre de 2023.

Advierte que lo que no resulta cierto es que la realización de la Convocatoria 2022 a través del Acuerdo 001 del 20 de febrero de 2023, en el que se ofrecen 1.056 empleos en la modalidad de ascenso e ingreso, transgreda derechos fundamentales de los accionantes, pues son dos procesos de selección diferentes, lo cual no afecta el nombramiento y el uso de la lista de elegibles del Concurso de Mérito 2021, por el cual se ofertaron 500 vacantes.

Frente al hecho décimo primero que no le consta, se trata de hechos de terceros.

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del Decreto Ley 020 de 2014, el concurso comprende las siguientes etapas: a) Convocatoria; b) Inscripciones; c) Verificación del cumplimiento de requisitos mínimos para el desempeño del empleo; d) Publicación de la lista de admitidos al concurso o proceso de selección; e) Aplicación de pruebas de selección; f) Conformación de listas de elegibles; g) Estudio de seguridad y h) Período de Prueba.

Que en desarrollo de las funciones que le corresponde ejercer a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, entre ellas, la de definir los aspectos técnicos y operativos para la ejecución de los procesos de selección o concursos de la entidad, el 16 de mayo de 2022, se aprobó por unanimidad de todos sus miembros, el Diseño y Estructuración del Concurso de Méritos FGN 2022.

Adicionalmente, indica que la Fiscalía General de la Nación es la encargada de elegir las vacantes y disciplinas académicas, conforme a las necesidades del servicio que considere oportunos para el desarrollo de su misión institucional en el presente concurso de méritos, como también la encargada de realizar los nombramientos en los empleos, en otras palabras, la U.T Convocatoria FGN 2022, sólo se encarga del desarrollo y ejecución del Concurso de méritos FGN 2022, antes referido.

Frente a los hechos décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto, y décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno que no son ciertos, en razón a que:



- “La comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, convocó a concurso de méritos durante la vigencia 2022, con el fin de proveer 1.056 vacantes definitivas en las modalidades de ascenso e ingreso de la planta de personal global de la Fiscalía General de la Nación. La identificación de las 1.056 vacantes a ofertar, fue definida de manera directa por la Subdirección de Talento Humano, teniendo en cuenta como criterio general, que dichos empleos estuviesen siendo ocupados por servidores públicos que tuvieran cumplidos los requisitos de pensión, a efectos de no afectar su mínimo vital.”

Que sumado a lo anterior, el Decreto ley 20 de 2014, en el artículo 118 dispone lo siguiente:

- “(...) Para garantizar la continuidad del servicio y su no afectación, los concursos para proveer los empleos de carrera de la Fiscalía se realizarán de manera gradual y en distintos tiempos, teniendo en cuenta las plantas globales a las cuales pertenezcan los empleos a proveer.
- Con el mismo fin señalado en el inciso anterior, los concursos o procesos de selección para proveer los empleos de carrera de las entidades adscritas se adelantarán de manera gradual y en distintos tiempos.”

Que dentro de la contestación de la Fiscalía General de la Nación dentro de la demanda de la cual tuvo conocimiento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” con numero de radicado 25000234100020200018500, hace acotación a un factor importante a la hora de mencionar el ofertar gradualmente los empleos a concurso de méritos:

- “(...) no es posible convocar a concurso todos los cargos de carrera vacantes de manera definitiva, que en este momento superan los 17.000, toda vez que al hacerlo, implicaría, de una parte, la pérdida repentina de la memoria institucional adquirida por la experiencia de los servidores vinculados en provisionalidad y en consecuencia, llevaría a traumatismos en la prestación del servicio de justicia en la Entidad, especialmente en lo pertinente a sus procesos misionales, como son Fiscalía y Policía Judicial”.

Que de acuerdo a lo enunciado y dando cumplimiento al fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, “en sesión del 02 de marzo de 2022, por unanimidad de los miembros de la Comisión de la Carrera Especial, se aprobó el Concurso de Méritos FGN 2022, tal como consta en el Acta 203 de la misma fecha, con una oferta de 1.050 vacantes certificadas por la Subdirección de Talento Humano.

Que mediante Resolución No. 004 de 2022 se declararon desiertas seis (6) vacantes ofertadas en el Concurso FGN 2021, por lo que es preciso



adicionarlas en el Concurso de Méritos FGN 2022, para un total de 1.056 vacantes, estableciendo que 314 serán en la modalidad de ascenso y 742 en la modalidad de ingreso, en los términos establecidos en el Decreto Ley 020 de 2014.”

Reitera que todo lo actuado durante el concurso se realizó conforme a lo estipulado en el acto administrativo de carácter general que rige al concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación, este es el Acuerdo 001 de 2023. El cual, tiene que acatarse por todos los aspirantes que se inscribieron en el concurso; lo preceptuado en el contenido de cada artículo no puede modificarse ni ir en contravía de ello, por cuanto que, las calidades y características que revisten al acto administrativo de carácter general no pueden modificarse ni ir en contrario a través del medio de la acción de tutela, para ello se han previsto otros mecanismos dentro del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Frente a la vulneración de derechos, menciona que no se vulnera el derecho a la igualdad porque este se quebranta cuando se discriminan a personas frente a otras que están en igualdad de condiciones, en ese orden de ideas, es necesario que exista una discriminación positiva o negativa, que ponga en una situación más ventajosa o desfavorable según el caso, a una persona en comparación con otra con la que debería tener condición de igual, situación que no se presenta en el caso que nos ocupa, toda vez que los procedimientos establecidos, así como las normas que regulan el concurso y las reglas contenidas en el Acuerdo se aplican en igualdad de condiciones para todos los aspirantes.

De igual manera no se vulnera el acceso a cargos públicos ni a la carrera administrativa, se reitera que, la mera participación de la accionante en el concurso FGN 2022, no significa que haya adquirido derecho alguno para acceder a los empleos ofertados a través del Concurso de Méritos FGN 2022, que la participación en el concurso es una sola expectativa.

Con fundamento en lo antes expuesto, solicita al Juzgado, se desestimen todas y cada una de las pretensiones del accionante y se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que las pretensiones y hechos aludidos dentro de la acción constitucional escapan de las obligaciones y competencias a cargo a la UT Convocatoria FGN 2022, a través del el Contrato de Prestación de Servicios No. FGNNC-0269-2022.

CONSIDERACIONES

Este juzgado es competente para decidir la presente acción de tutela, de conformidad con el artículo 1 numeral 2 del Decreto 333 de 2021.



La legitimación por activa se encuentra cumplida como quiera que ANGEL OCTAVIO PICO GOMEZ actúa en nombre propio y es la persona que afirma se le han vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la carrera administrativa y acceso a cargos públicos mediante concurso de méritos.

En cuanto a la legitimación por pasiva, vemos que la presente acción constitucional se dirigió contra la FISCALIA GENERAL DE LA NACION – COMISION DE CARRERA ESPECIAL-, entidad pública del orden nacional, perteneciente a la Rama Judicial, con autonomía administrativa y presupuestal sujeta a las normas de Derecho Público.

Ahora bien, la acción de tutela establecida por nuestra Carta Política como instrumento de protección de los derechos fundamentales tiene por objeto primordial la protección efectiva de estos derechos cuando han sido amenazados o vulnerados por acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos señalados por la Ley

A la vez, este mecanismo tiene como aspectos diferenciadores y relevantes su carácter residual y preferencial. Es residual, toda vez que, ante la ausencia del medio de defensa judicial, el afectado debe acudir a ella, por lo mismo, la autoridad ante quien se invoque la tutela no puede desconocer su existencia, cuando se intente como mecanismo transitorio de defensa para evitar un perjuicio irremediable; y es preferente, habida cuenta que su tramitación y resolución prima sobre cualquier otra situación, salvo que tenga que ver con la libertad personal.

De la misma forma, se ha determinado que conforme al artículo 86 de la Carta Política y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: (i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

A la par, dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela se establece la inmediatez como uno de ellos, la cual exige que la acción de tutela sea promovida dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de la situación que se alega afectó los derechos fundamentales, con ello se evita que el transcurso del tiempo desvirtúe su transgresión o amenaza.

En esta aspecto, se observa que en el presente caso la controversia de la accionante se funda en el hecho de que pretende se suspenda el concurso de méritos correspondiente al acuerdo 001 del 20 de febrero de 2023, por lo que es fácil concluir que es razonable el tiempo empleado por ésta para



hacer uso de este mecanismo constitucional, y por tanto, debe decirse que se cumple con el requisito de la inmediatez.

En este orden de ideas, el despacho debe determinar si es procedente el amparo constitucional para suspender el Acuerdo No. 001 de 2023 que convocó al concurso de méritos para ofertar 1056 vacantes definitivas de la planta de personal de la Fiscalía, pese a que el actor cuenta con mecanismos judiciales idóneos y aptos para invocar la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados por la entidad accionada, al cual ya accedió y si se configura un perjuicio irremediable para que sea concedida de manera transitoria.

Para efectos de resolver, el problema jurídico planteado, pasará el despacho a abordar los siguientes temas: i) Naturaleza subsidiaria de la acción de tutela ii) procedencia excepcional de la acción de tutela frente actos administrativos; ii) Perjuicio irremediable y iii) Caso Concreto.

En cuanto al primer problema jurídico planteado, la Corte Constitucional en Sentencia C-132 de 2018 expuso:

4. Naturaleza subsidiaria de la acción de tutela. Reiteración

El artículo 86 de la Constitución Política establece:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. (Destaca la Sala).

El inciso tercero de este artículo consagra el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se trata de una condición de procedibilidad del mecanismo concebido para la adecuada y eficaz protección de los derechos fundamentales. En desarrollo del artículo 86 superior, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, establece que la acción de tutela será improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.



4.1. Desde sus primeros pronunciamientos, refiriéndose al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, la Corte explicó:

*"... la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable entendido éste último como aquél que tan sólo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (artículo 6º del Decreto 2591 de 1991).*

Así, pues, la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece - con la excepción dicha- la acción ordinaria." (Subraya la Sala).

4.2. Más recientemente, en la sentencia T-1008 de 2012, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015 sirvieron luego para que la Corte reiterara que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial **que resulten idóneos y eficaces** para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe emplearlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

4.3. La jurisprudencia unánime, pacífica y reiterada de la Corte ha precisado que en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, se presentan algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela.

La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela".

¹ Sentencia C-543 de 1992.



En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

4.4. En cuanto a la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la sentencia SU-961 de 1999 indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos el operador judicial puede conceder el amparo de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

Igualmente, la sentencia T-230 de 2013 indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo judicial ordinario no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario; y (iii) el derecho fundamental involucrado.

4.5. En suma, la acción judicial ordinaria es considerada idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es eficaz cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. Así, la idoneidad del mecanismo judicial ordinario implica que éste brinda un remedio integral para la protección de los derechos amenazados o vulnerados, mientras que su eficacia supone que es lo suficientemente expedita para atender dicha situación.

Sobre la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos, en Sentencia T- 149 de 2023, nuestro máximo órgano constitucional puntualizó:

*"45. Así, esta corporación ha reiterado que el estudio de procedencia de la acción de tutela, cuando el actor pretende controvertir un acto administrativo, debe considerar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– consagró mecanismos de autotutela y los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, para el efecto. En este contexto, **la jurisprudencia constitucional ha definido, por regla general, la improcedencia de la tutela para controvertir actos administrativos** en atención a: (i) la existencia de mecanismos de autotutela; (ii) la existencia de medios judiciales ordinarios establecidos para controvertir las actuaciones de la administración en el ordenamiento jurídico; (ii) la presunción de legalidad que las reviste; y (iii) la posibilidad de que, a través de las medidas cautelares o provisionales, se adopten remedios idóneos y eficaces de protección de los derechos en ejercicio de los mecanismos ordinarios.*

46. A continuación, la Sala (i) presentará una breve descripción de los mecanismos de autotutela para la corrección de irregularidades cometidas por la administración y del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; y (ii) se referirá a las medidas cautelares, entre las que se contempla la posibilidad de la suspensión provisional de los actos administrativos objeto de censura.

47. Existencia de instrumentos que permiten la corrección de las irregularidades y equivocaciones cometidas por la Administración. El ordenamiento jurídico ha dispuesto un conjunto de instrumentos y acciones judiciales que permiten subsanar los desaciertos en que hayan incurrido las autoridades. La corrección de las actuaciones administrativas y los recursos de reposición y apelación, que se emplean en el curso de las actuaciones administrativas, les brindan a aquellas la oportunidad de ajustar sus actuaciones a las normas pertinentes. Son



mecanismos de autotutela, en los cuales la propia administración sujeta, bien sea de manera rogada o espontánea, sus determinaciones a los dictados del ordenamiento. Cuando ello no ocurra, los administrados podrán recurrir a los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, que ponen en marcha el funcionamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este engranaje de instituciones, administrativas y judiciales, depura los actos de la Administración de desaciertos e infracciones al ordenamiento.

48. Por lo tanto, el afectado con una decisión administrativa que trasgreda sus derechos cuenta con mecanismos de autotutela que le permiten acudir ante la misma entidad para que esta revise y corrija aquellos errores que advierta en su decisión, en aras de garantizar el efectivo cumplimiento de los fines del Estado.

49. Asimismo, el CPACA también contempla el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a partir del cual "(...) toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho". En este sentido, con base en la remisión a las causales de nulidad contenidas en el inciso segundo del artículo 137 de la misma ley, la nulidad procede cuando el acto administrativo:

"haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió".

50. En la sentencia SU-355 de 2015, la Corte se refirió a las medidas cautelares previstas en la codificación de lo contencioso administrativo, que regula su procedencia, tipología y trámite para su adopción por parte del juez administrativo. Una síntesis de las características básicas de estas medidas se expone a continuación:

(a) El ámbito de aplicación de las medidas cautelares, conforme al artículo 229 del CPACA, se extiende a todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por lo tanto, el juez puede decretarlas a petición de parte, antes de la notificación del auto admisorio o en cualquier estado del trámite, cuando lo estime necesario para la protección y garantía provisional del objeto del proceso o para la efectividad de la sentencia;

(b) El artículo 230 de esa normativa estableció que las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. En este sentido, el juez puede (a) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo y (b) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza;

(c) El artículo 231 fija las condiciones para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, cuando se pretenda su nulidad;

(d) El artículo 232 establece que no se requerirá prestar caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos; y,

(e) Finalmente, las medidas cautelares pueden ser ordinarias o de urgencia. Las primeras podrán adoptarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, mientras que las segundas podrán dictarse desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la contraparte.

51. De igual manera, la sentencia SU-691 de 2017 concluyó que, por regla general, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta con los instrumentos procesales idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales, materializados en el conocimiento del asunto por



jueces especializados y en el decreto de medidas cautelares de protección. Sobre las medidas cautelares, la Corte señaló que "la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se encuentra regulada en el artículo 231, en el cual se contempló para su procedencia la comprobación de una contradicción entre el acto demandado y una norma superior a partir de la evidencia o del estudio de las pruebas allegadas a la solicitud".

52. Asimismo, sostuvo que la Ley 1437 de 2011 creó un mecanismo con una efectividad especial, en razón del procedimiento célere para su adopción: las medidas cautelares de urgencia, con un régimen diferenciado respecto de las medidas cautelares ordinarias. Así, cuando se evidencie que por su premura no sea posible correrle traslado a la contraparte, sin poner en riesgo el interés que se pretende cautelar, deberán ser decretadas las medidas provisionales.

53. En esa línea, entre otros aspectos de las medidas cautelares, señaló que:

(a) La Ley 1437 de 2011 consagró una serie de posibles medidas cautelares entre las que se cuentan el restablecimiento inmediato de un derecho, la suspensión de un procedimiento, la orden de adopción a la administración de una decisión, la demolición de una obra o las órdenes de imponer obligaciones de hacer o no hacer;

(b) El CPACA concibe las medidas cautelares de forma autónoma a la demanda presentada, a tal punto que el requisito de conciliación prejudicial no le es aplicable a ellas, aunque sea necesaria su acreditación para la admisión de la demanda. Según se estableció en sentencia de tutela de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: "(...) el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar".

(c) En nombre de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, en materia de derechos humanos (convencionalidad), en casos de urgencia, la solicitud y decreto de la medida cautelar no necesariamente debe realizarse dentro del proceso entablado contra un acto administrativo. Por lo tanto, la urgencia en la protección de los derechos no sólo justifica que el juez debe tomar la medida cautelar sin correr traslados, tal como está previsto en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 sino que, según el caso, no es necesario presentar demanda de fondo para que el juez tenga competencia para proferir la medida cautelar.

54. Con base en las características del régimen jurídico vigente, la Corte ha destacado que la inclusión de las medidas cautelares de urgencia, que por la finalidad que persiguen, fueron estructuradas como medios preliminares dotados de eficacia inmediata para la protección de los derechos fundamentales. Esta circunstancia, implica para el juez administrativo el deber de "(...) remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos". En otras palabras, las medidas cautelares y en especial las de urgencia se conciben como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia que deben tener en cuenta no sólo presupuestos legales, sino también constitucionales y convencionales para su procedencia.

55. Así, esta corporación ha señalado que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los



asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales. Pero esto no significa la improcedencia ni automática ni absoluta de la acción constitucional de protección subsidiaria de derechos fundamentales, ya que los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991, la idoneidad y la eficacia -en concreto- de los otros medios de defensa judicial atendiendo a las circunstancias particulares del solicitante. Específicamente se debe considerar: (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados.” (Resaltado propio).

Ahora bien, se advierte que el accionante acude a esta acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional² sobre el mismo ha esbozado que:

“se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

*En primer lugar, estableció que el daño debe ser **inminente**, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos esté consumado.*

*También indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. La Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.*

*Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser **impostergable** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.”*

4.6. Respecto de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal, en la sentencia T-225 de 1993, señaló que de acuerdo con el inciso 3° del artículo 86 superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

4.7. Adicionalmente, en la sentencia T-808 de 2010, reiterada en la T-956 de 2014, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

*En primer lugar, estableció que el daño debe ser **inminente**, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos esté consumado.*

*También indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. La Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.*

² T-808/10, T 956-214 y C-132 de 2018



Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser **impostergable** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

4.8. A pesar de su carácter informal, la Corte ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental. Así, la sentencia T-702 de 2000 determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

En la sentencia T-131 de 2007, la Corte estableció que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas. Quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe acreditar probatoriamente los hechos que fundamentan sus pretensiones con la finalidad de que el juez adopte una decisión con plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. No obstante, también reconoció que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario.

La Corte se ha pronunciado sobre las facultades que tiene el juez constitucional de solicitar las pruebas de oficio en los casos en los que el actor no aporte las evidencias que sustentan sus pretensiones. En particular, en la sentencia T-864 de 1999, afirmó que la práctica de pruebas resulta un deber inherente para la función de los jueces constitucionales, en la medida que las decisiones exigen una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto analizado. Igualmente, en la sentencia T-498 de 2000, precisó que en casos de tutela el funcionario judicial debe adelantar actuaciones mínimas y razonables para verificar los hechos sometidos a su decisión, lo que exige una mayor participación por parte de los jueces para lograr la máxima efectividad de la norma superior.

En la sentencia T-571 de 2015 la Corte reiteró las sentencias anteriormente citadas e indicó que la informalidad que caracteriza a la acción de tutela no significa que el juez pueda sustraerse de verificar la veracidad de las afirmaciones que presentan las partes en el proceso.

4.9. La Corte ha reiterado, entonces, que la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios; sin embargo, existen situaciones en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido. Sobre esta materia recientemente la Corporación ha expresado:

"En este sentido, la Corte ha determinado que la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, evento en el que el juez de tutela únicamente podrá suspender la aplicación del acto administrativo mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991).

De conformidad con lo anterior, se tiene que en este último evento, la persona que solicita el amparo deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, cuyos elementos han sido fijados por la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera: (i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;



(iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser imposterables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”
(Resaltado propio).

4.10. Como se observa, desde sus inicios hasta la actualidad la Corte Constitucional ha enseñado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, según sus pronunciamientos a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales llamados ordinarios es posible acudir al medio excepcional previsto en el artículo 86 superior, como ocurre cuando se trata de actos administrativos bien sean éstos subjetivos o de carácter impersonal, siempre y cuando los instrumentos judiciales comunes u ordinarios no cumplan con los criterios de eficacia e idoneidad requeridos para la adecuada protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

4.11. En materia de tutela la Corte sistemáticamente acude al examen del caso concreto para determinar el grado de eficacia e idoneidad del otro mecanismo de defensa judicial, examina, entre varios aspectos, la naturaleza del otro juicio, los términos para resolver, las pruebas aportadas, la valoración de las mismas, la posibilidad de decretar medidas cautelares, la eventualidad de evitar un perjuicio irremediable, la inminencia y gravedad del mismo, si es menester conceder el amparo transitorio o si es pertinente otorgar la protección definitiva aun cuando exista el otro medio judicial.

La enunciación a título de ejemplo de los elementos a considerar en cada caso concreto demuestra que la subsidiariedad de la acción de tutela es un principio que se actualiza con las realidades y las circunstancias vividas por las personas afectadas en sus derechos fundamentales, por lo que resulta imposible elaborar un listado taxativo de eventos en los cuales la acción de tutela pueda ser ejercida contra actos administrativos de carácter impersonal o abstractos.”

EL CASO CONCRETO: De lo obrante en el plenario, se pueden extraer lo siguiente:

i).- A través de la Resolución No. 0063 de 2022 de 12 de diciembre de 2022 se conformó la lista de elegibles para proveer 11 vacantes definitivas del empleo denominado ASISTENTE DE FISCAL 1 en la modalidad de ingreso del Sistema Especial de Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, concurso de méritos FGN 2021, en la que se observa que el accionante ocupa el puesto 259.

ii).- En la Sentencia 2020 00185 del 04 de marzo de 2020 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección C acción de cumplimiento demandante LUZ PATRICIA AGUDELO PATIÑO declaró el incumplimiento por parte de la comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, de lo establecido en el artículo 118 del decreto 020 de 2014.

iii).- El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ el veintidós de octubre de dos mil veinte dentro de la Radicación número:



25000-23-41-000-2020-00185-01, Actor: LUZ PATRICIA AGUDELO PATIÑO confirma la sentencia del 04 de marzo antes referida.

iv).- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección B, el veinticuatro de noviembre del año dos mil veintiuno (2021) Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS Expediente: No. 25000-23-41-000-2020-00185 - 01 Solicitante: LUZ PATRICIA AGUDELO PATIÑO en la ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO, resuelve solicitud de desacato – sanciona.

v).- El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo sección Quinta Magistrado Ponente: PEDRO PABLO VANEGAS GIL el siete de diciembre de dos mil veintidós dentro del INCIDENTE DE DESACATO – ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO Radicación: 25000-23-41-000-2020-00185-02 Demandante: LUZ PATRICIA AGUDELO PATIÑO Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Confirma sanción.

vi).- Auto de fecha 28 de febrero de 2023 del Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección primera subsección b , expediente: No. 25000-23-41-000-2020-00185-01 obedeciendo y cumpliendo lo resuelto por el Consejo de estado en providencia del 7 de diciembre de 2022.

vii).- Escrito de 07 de octubre de 2022 de traslado de derechos de petición a la subdirectora nacional – subdirección de talento humano, relacionados con la conformación de la planta de persona de la fiscalía, de octubre de 2022.

viii).- Respuesta a derecho de petición de CARLOS ANDRES VEGA MENDOZA de fecha 07 de diciembre 2022.

ix).- Escrito de fecha 16 de enero de 2023 dirigido a la Doctora ASTRID TORCOMORA ROJAS SARMIENTO Directora Ejecutiva Fiscalía General de la Nación, de solicitud asignación de recursos concurso de méritos FGN, para cumplir fallo Acción de Cumplimiento Rad: 25000-41-000-2020-00185-00, instaurado por Luz Patricia Agudelo Patiño contra FGN, remitido por el Director General del Presupuesto Público Nacional (E).

x).- Acción Pública de Inconstitucionalidad Norma Acusada Inciso 3 del Artículo 35 del Decreto Ley 020 de 2014 Eje Temático Principio de Mérito – Acceso al empleo público Norma constitucional contrariada Artículos 40.7 y 125 Demandante Jan Marco Cortés Guzmán y auto admisorio de demanda de fecha 17 de enero de 2023.

xi).- Escrito de fecha 03 de febrero de 2023 a la Directora Ejecutiva Fiscalía General de la Nación, en relación a la actuación preventiva N° E-2022-



584296, relacionada con la vigilancia y seguimiento al cumplimiento del fallo del 4 de marzo de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, remitida por el Procurador Delegado Primero para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública con asignación de funciones del Procurador Delegado Segundo para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.

xii).- Comunicación de fecha 30 de enero de 2023 dirigida al Subdirector Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial Fiscalía General de la Nación, de respuesta a solicitud de concepto relacionado con la utilización de las listas de elegibles, remitida por el Director de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación.

xiii).- Respuesta a derecho de petición elevado por MARYURI JAIMES de fecha 21 de febrero de 2023, por parte de la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación.

xiv).- Auto de Pruebas de la Corte Constitucional, Expediente D-15062 Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 35 (parcial) del Decreto Ley 20 de 2014, "Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas". Demandante: Jan Marco Cortés Guzmán. Magistrado sustanciador: ALEJANDRO LINARES CANTILLO de fecha veintiuno de febrero de dos mil veintitrés.

xv).- Aviso Informativo del Concurso de Méritos FGN 2021.

xvi).- Constancia de la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de fecha 10 de julio de 2023, expediente 15062.

xvii).- Escrito de impedimento de Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección C, Sección Primera.

xviii).- Guía de orientación al aspirante para la presentación de las pruebas escritas concurso de méritos FGN 2022 de agosto 2023.

xix).- Solicitud de Conciliación prejudicial elevada por el accionante y otros a través de apoderado judicial de fecha junio 16 de 2023, convocando a la Fiscalía general de la Nación Comisión de Carrera Judicial- Concurso de méritos acuerdo 001 de 2023.

xx).- Conciliación extrajudicial de fecha 26 de junio de 2023 de la Procuraduría 187 Judicial 1 fracasada.



Se tiene que la acción de tutela fue concebida como remedio excepcional ante acciones u omisiones que puedan amenazar o vulnerar derechos subjetivos o personales de estirpe fundamental, cuando no exista otro mecanismo judicial idóneo y eficaz. Que los actos administrativos de contenido particular y concreto, como los de naturaleza general pueden ser demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Que, en el caso bajo estudio, frente al Acuerdo 001 de 2023 de convocatoria al concurso de méritos, que pretende el actor se suspenda, se encuentra en curso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que el accionante instauró a través de apoderado judicial el 01 de septiembre de 2023 demanda que correspondió al Juzgado 19 Administrativo de Bogotá Sección Segunda Rad. 2023-00309-00 donde se solicitaron medidas cautelares, medios de verificación de constitucionalidad y legalidad, que permiten el examen de esta clase de actuaciones establecidos en la Ley 1437 de 2011, dispuestos como herramientas procesales aptas para acusar los actos administrativos por vulneración de normas de superior jerarquía, en virtud de su carácter residual y subsidiaria, y por tanto se hace improcedente la misma, por cuanto no puede concurrir ésta y la acción de tutela.

Cabe destacar que el Acuerdo 001 de 2023, que regula la Convocatoria FGN 2022, prevé la conformación de la lista de elegibles, por lo cual, cualquier reclamo frente al uso de la misma para cargos no ofertados, debe ser objeto de debate por vía administrativa, máxime que se está frente a un concurso de méritos que se encuentra en proceso, en el cual se realizó la prueba de selección y sería inviable por el juez constitucional acceder a ello, pues implicaría alterar las condiciones del concurso y las garantías de los demás concursantes e incluso de quienes se encuentran en provisionalidad .

Conforme a ello, el acto administrativo expedido en desarrollo de la ya citada convocatoria y el proferido por la entidad convocante, mediante el cual se conformó la lista de elegibles del cargo al cual aspira el accionante, gozan de presunción de legalidad, hasta tanto no sean objeto de declaratoria de nulidad, por la vía contenciosa administrativa.

Sumado a ello, no se advierte la configuración de los elementos del perjuicio irremediable para que proceda la presente acción como mecanismo transitorio, en los términos definidos por la Corte Constitucional, como una amenaza cierta e inminente, grave, urgente e impostergable que dicha acto de convocatoria a concurso de méritos, derive una afectación de derechos fundamentales del accionante y que el acudir a las vías ordinarias como en efecto se hizo, le comporte un perjuicio irremediable, dado que la argumentación en torno a esta figura, hace mención es a un interés colectivo y del bien común, a afectaciones presupuestales con dicha convocatoria, ajenos a la naturaleza de derecho fundamental, a pesar del contenido impersonal del acto que cita a concurso de méritos, que resulte posible determinar que es titular de los derechos que menciona conculcados, pues



se itera, la situación que expone carece de esa inminencia y gravedad que pudiera de una u otra manera afectar, en grado sumo, un bien jurídico constitucional y legalmente protegido por el Estado.

Se afirma lo anterior, pues no es posible establecer que el contenido del acto de carácter general, impersonal y abstracto afecte clara y directamente un derecho fundamental del accionante, dado que el encontrarse en la lista de elegibles de la anterior convocatoria tampoco garantiza el acceso al cargo que aspira, porque pueden ser agotadas las vacantes por los que concursantes que figuran en los primeros lugares de la lista, por tanto, es una mera expectativa y no un derecho consolidado.

Ahora bien, respecto al derecho a la igualdad se debe acotar, que quien alega estar sufriendo un trato discriminatorio debe oponer su situación particular contra la de otras personas que estando en igualdad de condiciones fácticas y bajo los mismos parámetros legales están teniendo un trato preferente, situación que no fue esbozada, motivo por el cual, no es posible hacer una comparación con la situación planteada por el accionante, para determinar así, si existe discriminación en plano de comparación, circunstancia por la cual no se puede predicar la conculcación de ese derecho fundamental.

Finalmente, frente a la pretensión de declarar el estado de cosas inconstitucional, resulta necesario precisar que la tutela no puede converger con vías judiciales diversas, porque sería inmiscuirse el Juez Constitucional en todas las acciones que están en curso – de inconstitucionalidad, popular, cumplimiento- y la de nulidad y restablecimiento del derecho recientemente instaurada por el actor, que eventualmente son las que revelarían esa especial circunstancia de vigencia y validez de la norma que regula el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, lo que a todas luces no es viable, tomar el lugar de las demás jurisdicciones, porque implica desplazar a los jueces naturales, dado que la acción ordinaria prevalece, aunado a que no puede desconocerse las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Por lo tanto, al gozar el peticionario de otros mecanismos judiciales eficaces para la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados, y al haber instaurado el accionante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir sus aspiraciones, la petición de amparo constitucional se torna improcedente, toda vez que se itera, la intervención del juez constitucional solo sería posible de acuerdo con el principio de subsidiariedad, como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, que en el sub-examine no se evidencia de modo alguno.

Ante este panorama, se declarará improcedente la presente acción constitucional.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO SEGUNDO PROMISCO DE FAMILIA DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la justicia en forma real y efectiva, derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima del señor ANGEL OCTAVIO PICO FLOREZ, acorde a lo dicho precedentemente.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión por el medio más expedito a las partes y ordenar a la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, para que, en virtud del principio de colaboración armónica, notifique de manera inmediata a través de su página web la presente sentencia a los participantes dentro del Acuerdo No. 001 del 20 de febrero de 2023.

TERCERO: Oportunamente envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta sentencia no fuere impugnada.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se signa a las 6.p.m.

La Juez,



MARTHA LILIANA GONZÁLEZ CASTILLO

Se suscribe el presente documento de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la firma autógrafa, digitalizada o escaneada.